

**PÉRICLES PRADÉ**

Organizador

# **ESTUDOS JURÍDICOS EM HOMENAGEM A VICENTE RÃO**

Prefácio

JOSÉ SAULO RAMOS

**Editora Resenha Universitaria**

SÃO PAULO - 1976

## ÍNDICE GERAL

	PÁG.
1. Prefácio .....	3
JOSÉ SAULO RAMOS	
2. A Justiça, o Juiz e o Direito .....	11
JOSÉ AMÉRICO DE SOUZA	
3. O Estado: Teoria Pura e Teoria da Dominação .....	25
RODOLFO ROTMAN	
4. A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana .....	49
ALÍPIO SILVEIRA	
5. Leis Nacionais e Leis Federais no Regime Constitucional Brasileiro .....	131
GERALDO ATALIBA	
6. Os Sistemas de Ensino, Federal e Locais, e as Respec- tivas Esferas de Competência .....	165
ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ	
7. Brasileiros Natos .....	193
MIGUEL JERONYMO FERRANTE	
8. Imunidade Tributária Recíproca .....	213
AMÉRICO MASSET LACOMBE	
9. O Processo Administrativo .....	243
HELY LOPES MEIRELLES	

10.	A Problemática da Administração Indireta no Brasil ..	267
	MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO	
11.	A "Liberdade Jurídica" no Direito e no Processo ....	289
	JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA	
12.	Jurisdição e Execução .....	301
	CELSONE NEVES	
13.	Em Defesa da Tentativa de Conciliação .....	325
	MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA	
14.	Dos Embargos de Declaração em Incidente de Uniformização de Jurisprudência .....	347
	MAÉRCIO DE ABREU SAMPAIO	
15.	Descriminalização e Despenalização: Abordagem Jurídico-Penal .....	361
	PÉRICLES PRADO	
16.	Situação da Concubina no Direito Brasileiro .....	375
	CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA	
17.	Digressões Sobre os Direitos da Mulher no Projeto do Código Civil .....	397
	SÍLVIO RODRIGUES	
18.	A Vontade do Sócio na Dissolução das Sociedades Limitadas .....	417
	EDSON NELSON UBALDO	
APÊNDICE		
I —	Notas sobre a obra de Vicente Ráo .....	429
	PÉRICLES PRADO	
II —	Dados biográficos do homenageado .....	439
	JOSÉ SAULO RAMOS	

## SITUAÇÃO DA CONCUBINA NO DIREITO BRASILEIRO

A vida moderna vem-se caracterizando, no campo dos relacionamentos sociais, por maior liberdade de ação que estimula a frequência das uniões livres.

Na legislação previdenciária, é notória a proteção concedida à companheira do trabalhador, em muitos aspectos equiparada à condição jurídica da mulher casada.

O direito civil, contudo, revela-se menos permeável. O Código Civil de 1916 alude ao concubinato como elemento etiológico do reconhecimento compulsório de paternidade ilegítima. Os Projetos de Código Civil, no esquema das reformas em andamento, têm-se revelado ora mais liberais, ora mais restritivistas, na aceitação das uniões concubinárias e na atribuição de direitos à amásia.

A jurisprudência, contudo, de alguns anos a esta parte, tem-se revelado mais liberal, acompanhando os impulsos doutrinários, ora manifestados em obras de fôlego, ora consignados em estudos divulgados pelas revistas especializadas.

Neste modesto trabalho, procuro situar a questão na atualidade de nosso direito, sem descurar, entretanto, uma incursão comparatista, ilustrativa e esclarecedora.

Em face desses elementos, pode-se determinar a condição jurídica da concubina em quatro aspectos, que se interligam, partindo de uma conceituação evolutiva das uniões livres, e marchando para o reconhecimento de uma comuni-

dade de interesses, a que não pode ser estranha a equidade, inspiradora do tratamento jurisprudencial.

## I — CONCUBINATO E CONSTITUIÇÃO DE PATRIMÔNIO COMUM

A situação dos concubinos, no tocante aos interesses econômicos, é *sui generis*. Não existindo norma legal específica, disciplinando os conflitos de interesses que podem surgir, e efetivamente eclodem na hora da cessação da vida concubinária pela morte de um dos amásios ou pelo rompimento, teceu-se em nosso, e em alheio direito, uma construção doutrinária e jurisprudencial, mais ou menos assentada e estável.

Não se faz mais alusão àquela fase de desenvolvimento de nosso sistema jurídico, na qual se procurava amparar a concubina com o reconhecimento de direito a salários pelo tempo de duração de vida em comum, a título de prestação de serviços domésticos, mas com exclusão de qualquer pagamento pela satisfação sexual — *pretium carnis* — reconhecido como imoral. Ainda ocorrem, contudo, julgados que o admitem, em atenção a circunstâncias fáticas especiais.

Não aludo à imaginosa criação advinda de alguns tribunais franceses, que asseguram à amante uma indenização quando ela abandona as suas atividades ou a sua segurança econômica, animada por promessas feitas pelo amásio (HENRI MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, vol. I, pág. 722).

Não menciono a elaboração jurisprudencial, igualmente originada nas cortes de justiça francesas, de converter em “obrigação civil” e portanto exigível, a “obrigação moral” de dar à concubina amparo financeiro, fundada em promessa formal que lhe faça o amante (SAVATIER, *Le Droit, L'Amour et la Liberté*, pág. 148; HENRI MAZEAUD, Note

Sirey, acima citada; JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, vol. II, pág. 185; LOUIS PETITI, *Condition de l'Epouse et de la Concubine dans la Legislation Française*, pág. 9).

Não posso, todavia, omitir que a doutrina tem-se revelado infensa à concessão de alimentos a título de concubinato, sob fundamento de que a união livre, pela sua própria natureza, pressupõe a reserva mental, por parte dos amantes, de se deixarem a todo tempo, sem a obrigação de prestar alimentos em caso de abandono, ou de se sujeitarem a este encargo os herdeiros do que venha a falecer na pendência da concubinagem (CARBONNIER, ob. cit., nº 58; SAVATIER, ob. cit., pág. 138; DALLOZ, *Nouveau Repertoire*, vol. “Union Libre”).

No campo de proteção à concubina, seja quando abandonada pelo companheiro, seja quando cessa a união livre pelo falecimento dele, os tribunais brasileiros elaboraram uma doutrina que o tempo sedimentou, partindo do pressuposto de que a vida em comum teria gerado uma comunidade de interesses. E, como não é lícito equipará-la à comunhão de bens oriunda do casamento, sustentou a analogia com a “sociedade de fato”, e cuidou de admitir que um e outro, associando-se na criação de um acervo comum, teriam direito ao rateio dos bens ou valores que o constituem. De tão freqüente, acabou por inserir-se na Súmula da Jurisprudência Predominante no Supremo Tribunal. De fato, lá está, sob nº 380:

“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

No primeiro plano de indagação ergue-se, pois, a comprovação de ter havido uma relação concubinária. Cabe, pois, de início, fixar-lhe o conceito.

Concubinato, na concepção vinda do passado, assentava no pressuposto da vida *more uxorio*, na comunhão plena assemelhada ao casamento, a que os clássicos o comparavam, até na designação vocabular — *semi matrimonium* —. Deixando de aludir à bibliografia estrangeira, e atendo-me tão somente à nacional, encontra-se este conceito expresso em ASTOLFO RESENDE (*A Investigação de Paternidade segundo o Código Civil Brasileiro*, nº na alusão à vida “em fama de marido e mulher, com mesa e leito comuns”), JOÃO FRANZEN DE LIMA (*Investigação de Paternidade*, pág. 70). Corroborando-o, SOARES DE FARIA (*Investigação de Paternidade*, pág. 76) e J. M. DE CARVALHO SANTOS (*Código Civil Interpretado*, vol. V, pág. 475), já evoluem para conotações mais liberais, exigindo comunhão de vida e de interesses, embora sem a convivência *more uxorio*, sem a coabitação sob o mesmo teto.

Mais modernamente, os civilistas, assim os nacionais quanto os estrangeiros, deslocam o centró de gravitação do concubinato, em consonância com as facilidades e liberdades da vida contemporânea, para a fixação de outros fatores etiológicos, em que sobressaem a continuidade das relações, a sua notoriedade e a fidelidade da amásia. Vejam-se, ao propósito: SAVATIER, *La Recherche de la Paternité*, nº 45; PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *Traité Pratique de Droit Civil*, vol. II, nº 905; RENÉ THERY, *Le Concubinage en France*, in “*Revue Trimestrielle de Droit Civil*”, 1960, pág. 33; ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *Investigação de Paternidade*, nºs. 159 e segs.; EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, *O Concubinato no Direito*, vol. I, nºs. 19 e segs.; FILADELFO AZEVEDO, parecer in Revista Forense, vol. 81, págs. 581 e segs.; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Concubinato — sua Moderna Conceituação*, in Revista Forense, vol. 190, pág. 13 e segs.; ADAHYL LOURENÇO DIAS, *A Concubina e o Direito Brasileiro*, nº 31.

Em tendo havido concubinato, ainda que não caracterizado pela coabitação *more uxorio* (e mais flagrantemente

se tiver existido) a doutrina pátria, assentada em forte supedâneo jurisprudencial, fixou-se no rumo de se atribuir à ex-amásia uma fatia naquele complexo de bens, formado durante a pendência da concubinagem.

Os tribunais foram obviamente inspirar-se na semelhança do que ocorre na vivência matrimonial. A diferença marcante situa-se todavia na idéia de que, em havendo casamento, os haveres se comunicam *ope legis*, sem a indagação se a mulher concorre por qualquer forma para a sua aquisição. Os bens, adquiridos na constância do casamento, comunicam-se de pleno direito, sem a prescrição de como vieram, excluídos apenas os que a lei afasta de comunicação.

Uma vez que a união livre, pelo fato de o ser, não encontra legitimação como estado reconhecido, o acervo, formado na sua vigência, constituirá um patrimônio comum. Mas, para assentar ou afirmar esta comunidade de interesses, é mister alicerçá-la em outro pressuposto fático, que repousa na verificação se houve, ou na comprovação de que existiu um patrimônio comum entre os concubinos.

## II — PARTILHA DO ACERVO COMUM COMO LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE CONCUBINOS

Verificada, pois, a existência do concubinato, segundo os elementos etiológicos deduzidos acima, no segundo plano acode a determinação de como se constitui “sociedade de fato”, entre amantes.

Na sua apuração, está presente a idéia da “sociedade de fato”, como a encara o Direito Comercial. Mas é mister ter em vista que não são idênticas as situações. O que aparece, como fator preponderante na sua verificação é que a *societas facti* é tratada como uma “situação de fato” que não chegou a adquirir personalidade jurídica. A referência no-

mineral como sociedade consiste tão só em que as pessoas procedem em condições equiparáveis a uma sociedade, sem contudo caracterizar a sua existência como tal. Na opinião de WALDEMAR FERREIRA (*Instituições de Direito Comercial*, vol. I, pág. 209), seria uma sociedade sem contrato escrito, distinguindo-a da sociedade irregular, que é aquela cujo contrato não logrou obter registro na Junta Comercial.

Como da denominação mesma se vê, a sociedade de fato resulta da conjugação de esforços e recursos, para um objetivo comum. A finalidade precisa é esta. Os integrantes da *societas facti* não se unem por nenhum laço afetivo.

Na similitude com a sociedade de fato do direito mercantil, a que existe entre os concubinos há de oferecer ensanchas mais liberais de comprovação, pela convivência que entre eles se estabelece. O que predomina, pois, na sua instituição, é o lado afetivo, de que ressurge como corolário a comunidade de interesses. Pois é óbvio que, se duas pessoas se unem em arremedo com a situação matrimonial, e chegam a constituir uma família e procriar filhos, e agir como se casados fossem, nada mais natural que associem também os seus esforços, para colocarem em comum os seus interesses, e conseqüentemente o que acumularem dos proveitos que esta comunhão de interesses gerar. Daí a doutrina concluir:

“Pois bem. Na vida concubinária prolongada, estável, séria (enfim com aqueles índices, alguns ou todos, estudados nos nºs. 33 e segs.) existe, ou pelo menos formou-se com o tempo, uma sociedade de fato que, dissolvida, acarreta a comunhão de interesses, em favor de quem cooperou para a aquisição dos bens com obrigações para aquele que detem os bens comuns”.

EDGARD DE MOURA BITTENCOURT,  
*O Concubinato no Direito*, vol. I, nº 102.

As impugnações que se levantavam a tal teoria foram com o tempo rejeitadas, e hoje não mais prosperam em face da Súmula do STF, acima transcrita.

Desloca-se, então, a sua caracterização para o terreno da prova.

E é aqui que eclode mais vivamente a natureza afetiva das relações, sobrepondo-se a qualquer consideração mercantil. Toda espécie de “apport” é aceitável. Não se identificam os bens que um e outro carregam. Não se individualizam os esforços. Não se especifica o propósito deliberado da instituição patrimonial:

“É mister observar que, na apreciação da *efetiva colaboração na empresa comum*, não se há de atender à cooperação comercial ou industrial, senão também à formação de qualquer patrimônio, através da atividade comum. Dever-se-á considerar ainda que a participação da mulher tem seus índices relacionados à sua estrutura feminina, que nem sempre a possibilita de agir diretamente na aquisição dos bens. Nem por isto deixa de ser decisiva, por meio de incentivo, do estímulo, da persuasão, da sobriedade de gastos próprios, tudo a aumentar ou quiçá a construir a capacidade econômica do companheiro”.

EDGARD DE MOURA BITTENCOURT,  
ob. citada nº 107.

Vê-se, aí, que se não cogita de bens nominalmente colocados em comum.

Pode, mesmo, ocorrer que bens pré-existam à união livre, e receberam incremento durante ela. Diz ADAHYL LOURENÇO DIAS, depois de se reportar às decisões que excluem de comunicação, bens já integrados no patrimônio do homem, antes de formada a ligação amorosa:

“Pertencendo particularmente ao concubinário que o possuía antes da vida em comum, não se pode dizer tenha havido contribuição do outro. Mas a conservação, melhorias, benfeitorias, obras de acessão edificadas na vigência da vida em comum, para o que houve trabalho da concubina, a esta se assegura uma quota correspondente à metade do valor do investimento total nas obras respectivas”.

ADAHYL LOURENÇO DIAS, *A Concubina e o Direito Brasileiro*, nº 60.

É sem dúvida uma tese perigosa pela possibilidade de abusos que enseja, mas que, operada num processo de elaboração equitativa, pode suprir a deficiência de um apporto individuado, e contrabalança a arguição de que o implemento patrimonial é adstrito às novas aquisições. Neste passo, mais do que nunca o *arbitrium boni viri* do julgador é imprescindível à solução justa de questões não muito raras.

Assentado o suporte fático da constituição do acervo, ainda que em nome do amásio, com a participação direta e indireta da companheira, nos haveres do amante, e positivado destarte que uma solução jurídica vai confluir na sua partilha, não haverá dificuldades para a realização desta. Em princípio, já que preside ao fato a semelhança com a sociedade de fato, também a repartição dos haveres há de estar sob o foco das noções ligadas à partilha subsequente à dissolução da sociedade comercial, que, à sua vez, invoca os repartimentos dos bens da herança. Já o Código de Processo Civil de 1939 o dispunha no art. 671:

“A divisão e a partilha dos bens sociais serão feitas de acordo com os princípios que regem a partilha da herança”.

O preceito mereceu a observação de JOÃO EUNÁPIO BORGES, no sentido de que a partilha dos bens sociais

realiza-se “em dinheiro”, à falta de expresse acordo dos interessados, caso em que os bens remanescentes da sociedade hão de ser vendidos, pagas as dívidas, e distribuído o saldo entre os sócios (JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, nº 548).

O disposto no art. 671 do velho Código Processual sobrevive em o direito vigente, por força do que estabelece o art. 1218, nº VII, do Código do Processo Civil de 1973.

A força de atração para a partilha dos bens da herança evidencia-se mais exuberante, atendendo a que o seu objeto é a distribuição de bens acumulados pelos amásios, e que a cessação da anterior união livre, sucedida por outra concubinação, impõe atender a que a ulterior amante não deverá, de forma nenhuma, beneficiar-se da participação da antiga, no conjunto de bens que encontrou, ao se unir ao mesmo homem.

### III — CONCUBINATOS SUCESSIVOS E SOBREVIVÊNCIA DOS DIREITOS DA CONCUBINA ABANDONADA

Assentado que a relação concubinária gera uma como que sociedade de fato, uma vez comprovada esta, faz-se acompanhar de processo de liquidação, terminando com a partilha dos haveres comuns. É uma situação concreta e objetiva. O que a elaboração jurisprudencial chancelada pela Súmula do Supremo Tribunal Federal instituiu foi um direito subjetivo originário do concubinato. Há mister provar os seus requisitos, e a relação jurídica logo se estabelece. A incidência material desse direito é questão juridicamente irrelevante, salvo a atração dos princípios atinentes à divisão do acervo societário, que, a seu turno, obedece, nas linhas gerais, às normas da partilha que encerra o processo judicial do inventário, tal como acima deduzido.



A sucessividade de relações concubinárias não atinge o direito da amásia anterior. Formado o patrimônio comum com o amante, seja pela aquisição de bens em caráter inicial dos haveres, seja pelo acrescentamento aos pre-existentes, no patrimônio dele, de novos na pendência da comborçaria, constitui um acervo que deve ser partilhado.

Para a boa compreensão do problema fático, três hipóteses diversas devem ser aventadas.

A primeira, e mais simples, ao mesmo tempo serve com padrão para as demais situações: ocorrendo a separação, por mútuo acordo ou por abandono, procede-se à partilha, amigável ou judicial, dos haveres que eram comuns. Cada um dos amantes recebe o que lhe pertence, individualmente. Tal acontecendo, os bens assim discriminados destacam-se do acervo comum, sujeitando-se à titularidade exclusiva de cada qual. O seu destino ulterior é indiferente ao antigo companheiro ou à ex-companheira. E em se unindo ele a uma outra amante, para a nova relação concubinária leva haveres que nem são comuns com a antiga, nem se comunicam com a recente. São-lhe próprios ou particulares, porque a amante anterior terá recebido o que lhe cabia. O mesmo ocorre, se ela recebera sua parte em dinheiro, por acordo ou em virtude de sentença.

A segunda hipótese, menos singela nos seus efeitos, tem em vista a separação dos amantes, e um novo concubinato, sem a partilha anterior dos haveres, mas sem a criação de outro patrimônio em comum com a segunda amante. Na pendência desta segunda concubinação, a primeira amásia intenta ação, visando à partilha de haveres a título de sociedade de fato anterior. A nova comborçaria não anula os seus direitos, que, sem interferir no relacionamento pessoal entre os concubinos, cinge-se à determinação de parte atribuível à antiga amante, que a reivindica ao mesmo título de liquidação dos haveres de sociedades de fato, e vem buscá-los nas mãos do ex-amásio, independentemente de viver ele só, ou em nova companhia.

A terceira, é mais complexa, atendendo ao mesmo pressuposto inicial da anterior (rompimento sem partilha de haveres), mas atentando em que na concubinação anterior teria havido acréscimo nos valores pre-existentes. Todo o problema é de prova, e está adstrito a um processo de separação dos patrimônios. Não anulando a nova amante os direitos da anterior, tudo vai resumir-se em individualizar o que fôra adquirido em comum com a reclamante. E, destacado no conjunto, dividir entre ela e ele, com as cautelas necessárias para que não receba mais do que o devido, e não se locuplete ele com o que de direito a ela devera atribuir-se. Quase dir-se-ia em problema contábil ou quando menos aritmético. Arrolados todos os valores atuais, proceder-se-á à apartação dos bens: os que eram particulares do ex-amante; os que foram adquiridos com o esforço comum; e os que vieram depois, após a nova amigação. Se dos primeiros e dos últimos a amásia abandonada não participa, será ela, contudo meeira daqueles que formam o segundo, não na qualidade ou a título da união em si mesma, porém sob o fundamento equitativo em que a Súmula do STF se inspira, e que vem de séculos: *nemo cum aliena iactura fit locupletior*. Ninguém se locuplete com a jactura alheia. Se os haveres originaram-se da conjugação de bens e esforços da concubina despresada, tanto fere a equidade que os absorva como seus o companheiro, como ainda (ou talvez mais) que vá integrar um acervo ou formar um *status* econômico a proporcionar recursos e conforto à amante que sucedeu àquela que deu aso à sua formação.

Na fixação doutrinária do concubinato e seus efeitos, ressalta que a sua sucessividade não pode prejudicar os direitos da mulher abandonada, nem lhe retira a proteção advinda do iterativo pronunciamento da justiça:

“A pluralidade de concubinas, que em regra afasta uma ou ambas da proteção resultante da doutrina jurisprudencial, não se confunde com a

hipótese de concubinas sucessivas, em que as circunstâncias de fato venham convencer de que têm elas direito à reparação”.

EDGARD DE MOURA BITTENCOURT,  
ob. cit. nº 48, pág. 109.

A prevalecer tese oposta, toda a estrutura da construção jurisprudencial estaria destruída, e o direito da amante abandonada passaria a oscilar exclusivamente em função do comportamento subsequente do homem. Se ele permanece fiel à antiga concubina, ela tem direito à partilha dos haveres. Se não se conserva assim, e o natural é que não se mantenha desta maneira, a nova ligação não poderá refletir-se de maneira negativa nos direitos preconstituídos.

Este singelo raciocínio, por si só, conduz à conclusão de que a sucessividade de relações concubinárias não se pode erigir em elemento negativo dos direitos da companheira desprezada.

#### IV — CASAMENTO SUSEQUENTE DO AMÁSIO E A NÃO COMUNICAÇÃO DE PARTE DA EX-CONCUBINA

A epígrafe pressupõe o casamento em regime de comunhão de bens, pois que, se se der no de separação, já os haveres do marido são discriminados, e nenhum problema, quer matemático, quer jurídico, aflora e requer solucionado.

Admitindo, pois, o matrimônio ulterior, em regime comum de bens, efetua ele a comunicação, com a esposa, de todos os existentes ao tempo de sua celebração, tal como estatui o artigo 262 do Código Civil:

“O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros

dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções dos artigos seguintes”.

Aqui aparentemente se levantaria o óbice maior à pretensão da concubina abandonada. Pois que “todos os bens presentes” passam a integrar o acervo comum do casal, como ou onde se implantaria a reivindicação da antiga amante?

Também nesse caso o problema é de simples raciocínio, em que o jurídico e o matemático correm parelha. Se é certa (e certíssima porque de lei expressa) a comunicação de todos os bens, certo e mais do que certo é que ela somente abrange aqueles que constituem o patrimônio do marido. É óbvio, da mais estrita obviedade, que não se integram na comunhão do novo casal os haveres que, posto na detenção do marido, não lhe pertenciam em propriedade. É evidente, da mais pura evidência, que não passam ao patrimônio comum de marido e mulher aqueles bens que com ele se achavam, mas que de direito não lhe pertenciam.

Abstraindo da causa causante, se na data do matrimônio o marido tinha de seu, e era ao mesmo tempo condômino com outrem de bens em estado de indivisão, o que se comunica com o cônjuge, *ex iure conjugii*, é a fração ou quota ideal dele no condomínio pre-existente. Por que se casou, e seus haveres se comunicaram com a esposa, não significa que teria absorvido a parte de seus comunheiros na coisa comum, e automaticamente se haja convertido de co-proprietário em dono exclusivo, e atribuído a titularidade por meiação ao seu cônjuge, tanto do que fôra de seu domínio como do que era comum com outrem.

Transporta a situação para o que resulta da união livre, e partilha consequente dos haveres da sociedade de fato resultante, o marido no momento das núpcias tinha no seu patrimônio bens que lhe pertenciam e outros que estavam em comum com a ex-amante, e que partilhado ainda se não achava, eis que não ocorrera a liquidação da sociedade de fato nascido da comorbância anterior.

O casamento subsequente comunicou, de fato, com a esposa, os bens do marido. Todos os bens, na linguagem do artigo transcrito. Mas a comunhão se estabeleceu tendo por objeto o que era dele. Não teve o condão de transformar em patrimônio dele o que ali se encontrava em estado de indivisão, porque ainda não partilhado com a ex-sócia.

O casamento ulterior não infirma os direitos da ex-amante. Se ela os tinha, sobre haveres adquiridos em comum com o ex-amante, a celebração de casamento deste, operando a comunhão com a esposa, não os atinge.

Toda a questão vai, assim, restringir-se a um problema fático, puramente matemático: identificar, na data das bodas, aquilo em que a antiga concubina era meeira, não a título da concubinação, repetimos, mas em razão da sociedade de fato nascida de terem os ex-amantes colocado em comum esforços e haveres para sua aquisição, tal como acima exposto e desenvolvido.

Há notória similitude com as segundas núpcias. Realizadas estas, comunicam-se por força do mesmo citado artigo 262 “todos os bens” presentes.

Se, contudo, não se tiver feito o inventário do extinto casal, essa comunicação de haveres com o novo cônjuge, posto compreenda “todos os bens presentes”, não abrange, a toda evidência, a parte dos filhos do primeiro leito, com os quais o pai, e atual marido, tem propriedade em comum, até que se partilhem.

A causa jurídica é diferente. Mas o fundamento é o mesmo: da comunhão exclui-se a parte pertencente ao condômino, seja ela a dos filhos das primeiras núpcias pela falta de partilha, seja ela a da ex-amante pela ausência de liquidação na qualidade de ex-sócia.

No quadro geral das relações econômicas advindas do concubinato, estas são as situações mais freqüentes, posto

que não únicas. Ainda é de se considerar a partilha amigável, efetuada pelas ex-amantes, ao ensejo do término da união livre.

## V — PARTILHA AMIGÁVEL. EFICÁCIA E IRRETRATABILIDADE. ANULABILIDADE

O que normalmente acontece é a resistência do amásio, ou de seus herdeiros, a dar à partilha os bens adquiridos em comum com a amante. Daí ocorrer, quase sempre, nesses casos, a batalha judiciária para o reconhecimento da sociedade de fato e consequente liquidação.

Pode dar-se, contudo, o reverso. Admitindo a cooperação da concubina, o homem com ela ajusta um acordo de partilha, visando a atribuir-lhe a parte que lhe caiba nos haveres comuns. Tal medida tem validade e eficácia, deve ser encarada como um negócio jurídico gerador de efeitos, mas está sujeita aos azares que podem atingir todo ato negocial ao mesmo passo que atrai contingências que alcançam a partilha de bens.

Tendo em vista que a distribuição dos bens origina-se de uma presumida “sociedade de fato”, acode logo ao espírito que a sua efetivação há de obedecer ao que prescreve o Código Comercial, para a liquidação das sociedades comerciais, e que o Código de 1850 arrola nos artigos 344 e seguintes.

Mas por outro lado, considerando que ao proclamar a incidência da repartição dos haveres dos concubinos, o que predomina é a atração das condições concubinárias para a órbita do relacionamento análogo à convivência conjugal, equiparando para este efeito a vida em comum dos amantes à do casal como se fosse um casamento — *semi matrimonium* — as vistas do observador são atraídas para o campo do direito de família, e desta sorte o ato de partilha tem como paradigma a que se promova nos processos de desquite, que,

por sua vez, assemelha-se à que encerra o processo de inventário.

A alusão a estes dois estados diferentes parece, ao primeiro surto, lançar dúvidas e gerar incertezas. Mas uma análise mais precisa desfaz a incongruência que é mais aparente do que real. A partilha, a que obedece a liquidação da sociedade comercial, e por extensão a sociedade de fato, atende ao disposto no Código de Processo Civil, e se reporta à dos bens da herança, em processo de inventário, tal como acima referido.

Sua validade formal, já que não efetuada judicialmente, independe de homologação, e retira toda a sua força da eficácia da declaração volitiva. Uma vez externada, e tendo em consideração a bilateralidade de sua emissão, não comporta a retratabilidade por nenhum dos partilhantes isoladamente. É passível de resilição bilateral, como qualquer outro ato da mesma natureza. Daí poder-se dizer que a partilha acordada entre os amásios é irretratável, no sentido de que, uma vez realizada, a vontade contrária de um só deles não tem o poder de infirmá-la.

No direito francês tem sido corrente a vulnerabilidade das partilhas judiciais (em inventário) fundada em lesão. O direito brasileiro não o consagra. Aliás, o instituto da “lesão enorme”, que prosperou sob a modalidade da *laesio ultra dimidium* do Código de Justiniano, foi abolida no Código de 1916, inclusive em relação às partilhas (CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, § 56).

A partilha, entretanto, é suscetível de ataque, e a duplo fundamento. O Código Civil, no art. 1805, diz:

“A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os atos jurídicos”.

O art. 1029 do Código de Processo Civil de 1973 mantém a sua anulabilidade, *in verbis*:

“A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário, ou constante de escrito particular homologado pelo erro essencial, ou intervenção de incapaz.

PARÁGRAFO ÚNICO: O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em um (1) ano, contado este prazo:

- I — no caso de coação, do dia em que ela cessou;
- II — no erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;
- III — quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade”.

Tanto na lei civil, quanto na processual, o negócio jurídico de partilha é suscetível a anulação.

A coação fulmina-o des que apurados os requisitos da *vis compulsiva*, comprovada a atuação no ânimo do paciente, atendendo àquelas observações que a doutrina lhe impõe com apoio na lei: fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família ou a seus bens, iminente, a igual, pelo menos, ao receiável do ato extorquido (Cód. Civil, art. 98). E, demais disso, apurado com caráter de relatividade (ver minhas *Instituições de Direito Civil*, vol. I, nº 91), pois que se não exige a resistência do *vir horatianus*, capaz de assistir impávido ao destroçar dos orbes nem aquela fibra indômita de latão, de que se dizia: *cuncta terrarum subacta praeter atrocem animum Catonis*.

Da incapacidade, como *causa annullationis*, nada mais é de se reclamar, do que sua verificação, face ao dispositivo processual invocado: acertada a partilha, e subscrita pelo incapaz, é atingida de nulidade ou de anulabilidade, na alternativa de ser a incapacidade absoluta ou relativa.

Em havendo dolo, os seus elementos são definidos como:

“artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à pratica de um ato, que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro”.

CLÓVIS BEVILAQUA, *Comentário ao Código Civil*, vol. I, ao art. 92.

E neste preceito está a essência do princípio, segundo o qual a anulação do negócio jurídico aí assentada somente caberá, quando for ele a sua causa.

Mais freqüentemente poderia surgir a hipótese do erro, se as circunstâncias induzem à conclusão de que o partilhante emitiu uma declaração de vontade no pressuposto falso de que a situação fática era diversa de sua realidade, a tal ponto que é de se supor que não a emitiria se tivesse presente a realidade.

Apurado que a declaração de vontade não corresponde ao seu pressuposto material, tem-se configurado este defeito do consentimento, na consideração de que:

“a toda declaración hecha al exterior corresponde también una voluntad interna que sirve de base a aquella. La consecuencia práctica de esta concepción es la siguiente: el que invoca supuestos vicios de voluntad, necesita alegarlos, y, en caso necesario, probarlos, como um hecho impeditivo de los efectos jurídicos”.

OERTMANN, *Introducción al Derecho Civil*, § 42, pag. 232.

Para a configuração da vontade viciada, o conceito enunciado por PLANIOL, RIPERT et BOULANGER é esclarecedor:

“Lorsque le consentement a été réellement donné, la volonté *existe*, mais il se peut qu'elle soit viciée. Pour être pleinement efficace, la volonté doit être libre et éclairée”.

PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité Élémentaire*, vol. I, nº 281.

Na hipótese configurada do erro, cabe o seguinte raciocínio. Houve, sem dúvida, a emissão de vontade. Ela veio expressa no “acordo de partilha”. Mas, para que produza os efeitos queridos, teria de ser não eivada de vícios, isto é, a sua exteriorização haveria de corresponder à vontade interna.

O vício ou defeito do consentimento; a falta de correspondência entre a vontade interna e a exteriorização desta vontade pode vir do erro, do dolo ou da coação.

Atacável um acordo de partilha por defeito do consentimento, e provado segundo os meios admissíveis, a consequência é a sua anulação, com fundamento nos dispositivos dos Códigos Civil e Processual transcritos.